

STJ00094738

Salo de Carvalho

Professor Adjunto do Departamento de Ciências Penais da UFRGS (2010-2011). Professor Titular do Departamento de Ciências Criminais da PUCRS (1996-2009). Pós-Doutor em Criminologia pela Universidade Pompeu Fabra (Barcelona). Doutor (UFPR) e Mestre (UFSC) em Direito. Editor do *Antiblog de Criminologia*
[<http://antiblogdecriminologia.blogspot.com/>]

A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

**Estudo criminológico
e dogmático da
Lei 11.343/06**

6ª edição
revista, atualizada e ampliada

2013



**Editora
Saraiva**

SUMÁRIO

<i>Prefácio (3ª edição) – Vera Malaguti Batista</i>	17
<i>Prefácio (1ª edição) – Vera Regina Pereira de Andrade</i>	25
<i>Nota explicativa à 6ª edição</i>	33
<i>Nota explicativa à 5ª edição</i>	35
<i>Nota explicativa à 4ª edição: A Profecia de Kirchmann</i>	39
<i>Nota explicativa à 3ª edição</i>	43

INTRODUÇÃO	45	9
1. A Justificativa	45	
2. O Enfoque Criminológico e Transdisciplinar	46	
3. As Dimensões do Proibicionismo	48	
4. A Estrutura da Investigação	49	

PARTE I

CONFIGURAÇÕES POLÍTICO-CRIMINAIS DO MODELO BRASILEIRO DE COMBATE ÀS DROGAS (DA MILITARIZAÇÃO AO DIREITO PENAL DO INIMIGO)	53
--	-----------

1. O MODELO INTERNACIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS	55
1.1. As Pesquisas sobre (Criminalização das) Drogas	55
1.2. Brevíssima Apresentação da Legislação de Drogas no Brasil	57
1.3. A Transnacionalização do Controle: o Discurso Médico-Jurídico e a Ideologia da Diferenciação	62

2.	A INSTAURAÇÃO DO MODELO JURÍDICO-POLÍTICO	69
2.1.	A Adequação Nacional ao Projeto de Transnacionalização	69
2.2.	A Assinatura Latina: A Ideologia de Segurança Nacional	72
2.3.	O Discurso Médico-Jurídico-Político na Lei 6.368/76	75
2.3.1.	A Perspectiva Sanitarista: Tratamento Coercitivo	76
2.3.2.	A Perspectiva Jurídico-Política: Incremento da Repressão	77
2.3.3.	Hiatos de Criminalização: Pequeno Comerciante e Usuário de Drogas	78
3.	A BASE IDEOLÓGICA DA POLÍTICA CRIMINAL DA INTOLERÂNCIA: GERMENS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA ESTRUTURA PUNITIVA BRASILEIRA	83
3.1.	A Dupla Face do Programa de Defesa Social	84
3.1.1.	A Ideologia da Defesa Social: Características e Principiologia	85
3.1.2.	Variante: os Movimentos de Defesa Social	90
3.2.	A Ideologia de Segurança Nacional e a Militarização do Sistema de Controle Social	93
3.3.	A Política Criminal dos Movimentos de Lei e Ordem	97
3.4.	A Fusão dos Horizontes de Punitividade	101
4.	O MODELO REPRESSIVO DE COMBATE ÀS DROGAS NO PERÍODO PÓS-TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA	103
4.1.	A Perspectiva Constitucional da Repressão das Drogas Ilícitas	103
4.2.	A Convenção de Viena e o Posicionamento das Agências Reguladoras da ONU: o Discurso Econômico-Transnacional	106
4.3.	A Política Criminal Militarizada: Tipos Ideais Concretizados	109
4.3.1.	A Operação Rio (1994-1995)	109
4.3.2.	A Experiência de Militarização da Repressão às Drogas na América Latina	114

4.4.	O Programa Nacional Antidrogas (PANAD) e a Adesão à Estratégia Hemisférica de Erradicação do Tráfico	117
4.5.	O Fracasso da Política de Combate e a Manutenção da Estratégia Antidrogas	121
5.	A ESTRUTURA DE PUNIBILIDADE DA LEI 11.343/06: ANTECEDENTES E ESTATUTO POLÍTICO-CRIMINAL	127
5.1.	A Reforma da Lei 6.386/76	127
5.2.	A Lei do Crime Organizado no Cenário Global da Repressão ao Narcotráfico	130
5.3.	O Regime Integralmente Fechado <i>Plus</i>	134
5.4.	O Controle das Fronteiras Aéreas e a Repressão ao Tráfico Internacional	136
5.5.	O Estatuto Político-Criminal da Lei 11.343/06: Retórica Preventiva, Ênfase Repressiva	139
6.	MAL-ESTAR NA POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA: A GUERRA ÀS DROGAS ENTRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DE EXCEÇÃO	143
6.1.	Inquisitorialismo, Direito Penal de Emergência e Direito Penal do Inimigo	143
6.2.	A Formulação (Teórica) Contemporânea do Direito Penal do Inimigo	146
6.3.	O Direito Penal do Inimigo como Discurso de Legitimação da Punitividade no Estado de Permanente Exceção	152
6.4.	O Inimigo (Perigoso) como Metarregra Orientadora da Atuação das Agências Penais na América Latina	157
6.5.	Política Criminal de Drogas e Narcisismo Punitivo	160

PARTE II

DROGAS E (DES)CRIMINALIZAÇÃO 163

7.	AS POLÍTICAS CRIMINAIS E A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA	165
7.1.	Os Discursos Político-Criminais	165
7.2.	A Tensão na Política Criminal Contemporânea: Criminalização <i>versus</i> Descriminalização	169

7.2.1.	Colocação do Problema	169
7.2.2.	<i>Criminologia da Práxis</i> : da Criminologia Crítica às Políticas Criminais Alternativas	172
8.	TENDÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS: CRIMINALIZAÇÃO E DESCODIFICAÇÃO	177
8.1.	Os Discursos Criminalizadores: Lei e Ordem, Tolerância Zero e Esquerda Punitiva	177
8.2.	Os Efeitos dos Processos Criminalizadores: Descodificação (Própria e Imprópria) e Desregulamentação	183
9.	OS DISCURSOS E AS PRÁTICAS DESCRIMINALIZADORAS	
9.1.	Descriminalização e <i>Criminologia da Práxis</i>	189
9.2.	Descriminalização: Conceitos	192
9.3.	Descriminalização Legislativa e o Caso do Porte de Drogas para Uso Pessoal na Lei 11.343/06	194
9.4.	Descriminalização Judicial	198
9.4.1.	O Papel do Operador do Direito na Efetivação da Constituição	198
9.4.2.	Descriminalização Judicial e Redução dos Danos Penais	200
9.4.3.	Descriminalização Judicial: Critérios de Interpretação e Aplicação	204
9.5.	Diversificação (Substitutivos Penais)	213
9.5.1.	As Penas Restritivas de Direito	215
9.5.2.	Composição Civil, Transação e Suspensão Condicional do Processo (de Conhecimento)	217
9.5.3.	Crítica à Política de Diversificação (Substitutivos Penais)	220
9.6.	Descriminalização de Fato e Cifras Ocultas da Criminalidade	226
10.	DESCRIMINALIZAÇÃO E POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS	231
10.1.	Programa Descriminalizador: Critérios desde o Abolicionismo, o Direito Penal Mínimo e o Garantismo Penal	231

10.2. Drogas: Custos da Criminalização e Descriminalização	235
10.2.1. Custos Individuais: Consumidores e Dependentes	240
10.2.2. Efeitos nos Sistemas Educacional e Médico	243
10.2.3. Consequências Econômicas	246
10.2.4. Efeitos no Sistema de Administração da Justiça Penal	248
10.2.5. Efeitos no Sistema Carcerário	250
10.3. O Projeto Antiproibicionista no Brasil	256
10.4. A Insustentabilidade Jurídica da Criminalização das Drogas	260
10.5. O Direito às Drogas: Thomas Szasz e Antonio Escohotado	266
10.6. Falácia Politicista da Lei 11.343/06 e Programa Mínimo de Redução de Danos	274
10.7. Alternativas e Práticas de Redução de Danos: a Experiência da Prescrição de Heroína	282
10.8. Proibicionismo e Redução de Danos: Incompatibilidades	294

PARTE III

O DIREITO PENAL DAS DROGAS

(CRÍTICA DOGMÁTICA E ABERTURAS JURISPRUDENCIAIS) **299**

11. A INSTRUMENTALIDADE DO DISCURSO GARANTISTA E A CRÍTICA CONSTITUCIONAL AO DIREITO PENAL DAS DROGAS	301
11.1. Mudança de Perspectiva: da Crítica Criminológica à Instrumentalização Garantista	301
11.2. A Constituição Penal entre os Crimes Hediondos e os Delitos de Menor Potencial Ofensivo	303
11.3. A Estrutura da Lei no Direito Penal das Drogas e os Efeitos da Descodificação: Lei Penal em Branco e Tipicidade Aberta	308

12. O TRATAMENTO PENAL DO TRÁFICO DE DROGAS NA LEI 11.343/06	315
12.1. A Configuração da Tipicidade no Tráfico de Entorpecentes	315
12.1.1. A Finalidade do Agir como Critério Necessário de Identificação das Condutas Previstas nos Arts. 28 e 33, <i>caput</i> , da Lei 11.343/06	317
12.1.2. Critério Dogmático de Correção da Desproporcionalidade e a Definição da Tipicidade (Subjetiva) das Condutas	323
12.1.3. Os Equívocos na Configuração da Tipicidade do Tráfico de Entorpecentes: Objetificação dos Elementos Subjetivos	327
12.1.4. As Dificuldades de Imputação da Conduta no Oferecimento da Denúncia	334
12.1.5. Lições de Direito Penal Comparado: Fixação de Quantidade Mínima para Consumo, Tráfico Privilegiado, Tráfico Comum e Tráfico Qualificado	340
12.2. Consumo Compartilhado (art. 33, § 3º, da Lei 11.343/06)	345
12.2.1. Critérios de Imputação e de Definição Típica	345
12.2.2. Lições da Jurisprudência Penal Comparada e Critérios de Imputação e de Desclassificação	347
12.3. Condutas do Art. 33, <i>caput</i> , Imunes aos Efeitos da Lei dos Crimes Hediondos e dos Arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/06	355
12.4. A Inconstitucionalidade do Art. 34 da Lei de Entorpecentes: Criminalização de Atos Preparatórios	361
12.5. Causas de Aumento de Pena Decorrente de Transnacionalidade e Transregionalidade do Tráfico (art. 40, I e V): Proibição de Dupla Incriminação	364
12.5.1. Requisitos de Configuração da Exportação e da Importação	365
12.5.2. As Majorantes Relativas à Transnacionalidade e Transregionalidade	367

12.6. Financiamento e Custeio do Tráfico (art. 40, VII) e o Crime Autônomo do Art. 36 da Lei 11.343/06	368
12.7. A Questão do Traficante-Dependente: Ausência de Conflito entre o Art. 33 e o Art. 45 da Lei 11.343/06	370
12.8. Possibilidade de Substituição de Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direito: Inconstitucionalidade do Art. 44 da Lei 11.343/06	376
12.9. A Inconstitucionalidade do Art. 2º, § 1º, Lei dos Crimes Hediondos e a Progressão de Regime no Tráfico de Entorpecentes	384
12.10. Indução, Instigação, Auxílio e Apologia ao Uso de Drogas: Análise de Casos (Práticas de Redução de Danos, Marcha da Maconha e Movimentos <i>Rapper e Funk</i>)	391
13. A RESPOSTA PENAL AO USO DE ENTORPECENTES NO BRASIL	405
13.1. A Inconstitucionalidade do Art. 28 da Lei 11.343/06	405
13.2. Porte de Drogas para Uso Pessoal e Tipicidade Material: Aplicações do Princípio da Insignificância	413
13.3. O Sistema de Penas e de Medidas Previstas para Usuários de Drogas na Lei 11.343/06	423
13.3.1. Natureza das Sanções Previstas na Lei de Drogas: Penas e Medidas	423
13.3.2. Da Inconstitucionalidade da Aplicação Cumulada entre Penas e Medidas e a Reedição do Sistema do Duplo Binário	425
13.3.3. O Caráter Moralizador da Pena de Admoestação	427
13.3.4. Tempo de Pena e Qualificação do Uso de Drogas pela Reincidência	428
13.4. Transação Penal, Justiça Terapêutica e Limites da Medida	430
13.4.1. Condições para Oferecimento de Transação Penal (Art. 48, §§ 1º e 5º, da Lei 11.323/06)	431
13.4.2. Da Inconstitucionalidade do Art. 48, § 5º, da Lei 11.323/06: <i>Nulla Poena Sine Iudicio</i>	433

13.4.3. Justiça Terapêutica e Aplicação de Medidas Educativas	435
13.4.4. Política de Redução de Danos e Justiça Terapêutica	441
CONSIDERAÇÕES FINAIS	447
1. A Constância e o Fortalecimento da Ideologia da Diferenciação	447
2. O Futuro da Política Internacional de Repressão às Drogas	449
3. As Fundações da Política Proibicionista: Defesa Social	451
4. As Fundações da Política Antiproibicionista: Crítica Criminológica	452
5. Antiproibicionismo e Redução de Danos	453
6. A Nova Lei de Drogas e a Manutenção da Lógica Punitiva	455
7. Mecanismos Moralizadores e Ética da Alteridade	456
BIBLIOGRAFIA	461